

**19**

Extrait de la décision incidente de la Cour II  
dans la cause X. SA contre Y. SA et EPFL  
B-3234/2016 du 24 août 2016

**Marchés publics. Décision incidente sur l'effet suspensif. Négociations orales. Tenue d'un procès-verbal. Egalité de traitement. Confidentialité des offres.**

**Art. 20 LMP. Art. 25 et art. 26 OMP.**

- 1. Si l'appel d'offres le prévoit, le pouvoir adjudicateur peut entreprendre des négociations avec les soumissionnaires. Il doit veiller, durant celles-ci, au respect des principes de la confidentialité des offres et de l'égalité de traitement (consid. 6.1).**
- 2. Lors de négociations orales, l'obligation de tenir un procès-verbal est centrale en vue de satisfaire aux exigences formelles du droit des marchés publics. La violation par le pouvoir adjudicateur de cette obligation lorsque, comme en l'espèce, elle rend impossible l'examen du respect des principes de l'égalité de traitement et de la confidentialité, peut conduire à l'annulation de la décision d'adjudication (consid. 6.1, 6.3.2, 6.3.3 et 6.4).**

**Öffentliches Beschaffungswesen. Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung. Mündliche Verhandlungen. Protokollführung. Gleichbehandlung. Vertraulichkeit der Angebote.**

**Art. 20 BöB. Art. 25 und Art. 26 VöB.**

- 1. Enthält die Ausschreibung einen entsprechenden Hinweis, darf die Vergabestelle mit den Anbietern Verhandlungen führen. Sie hat dafür zu sorgen, dass während der Verhandlungen die Grundsätze der Vertraulichkeit der Angebote und der Gleichbehandlung eingehalten werden (E. 6.1).**
- 2. Bei mündlichen Verhandlungen ist die Protokollführung für die Einhaltung der vergaberechtlichen Formvorschriften von zentraler Bedeutung. Die Verletzung dieser Pflicht durch die Vergabestelle kann zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung führen, wenn, wie im vorliegenden Fall, nicht überprüft werden kann, ob die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Vertraulichkeit eingehalten wurden (E. 6.1, 6.3.2, 6.3.3 und 6.4).**

**Acquisti pubblici. Decisione incidentale sull'effetto sospensivo. Trattative orali. Verbalizzazione. Parità di trattamento. Confidenzialità delle offerte.**

**Art. 20 LAPub. Art. 25 e art. 26 OAPub.**

- 1. Se il bando lo prevede, il committente può condurre trattative con gli offerenti. Durante le trattative, deve garantire il rispetto del principio della confidenzialità delle offerte e della parità di trattamento (consid. 6.1).**
- 2. Nell'ambito di trattative orali, l'obbligo di verbalizzazione è essenziale per il rispetto delle esigenze formali del diritto degli acquisti pubblici. La violazione di quest'obbligo da parte del committente può comportare l'annullamento della decisione di aggiudicazione, se, come nella fattispecie, impedisce il controllo del rispetto dei principi della parità di trattamento e della confidenzialità (consid. 6.1, 6.3.2, 6.3.3 e 6.4).**

Le 25 novembre 2015, l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après: EPFL ou pouvoir adjudicateur), domaine immobilier et infrastructures, a publié dans le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (Simap) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux de construction intitulé « EPFL: renouvellement des infrastructures thermiques ».

A la suite de trois séances d'explications et de négociations des offres, le pouvoir adjudicateur a adjugé, par décision publiée dans le Simap le 3 mai 2016, le marché à Y. SA (ci-après: intimée).

Le 23 mai 2016, X. SA (ci-après: recourante) exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Elle se plaint d'une violation du principe de la confidentialité des offres par le pouvoir adjudicateur en ce sens que celui-ci a transmis, par courriel du 15 avril 2016, à l'intimée une solution technique utilisant du fluide frigorigène Z. qu'elle a développée et proposée lors de la soumission. De plus, elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur a violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires en ne l'invitant pas à négocier son offre proposant l'utilisation du frigorigène T. alors que l'intimée, aux termes de négociations avec l'EPFL, a été en mesure de baisser son offre au T. Enfin, elle demande l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Le Tribunal administratif fédéral accorde l'effet suspensif au recours.

*Extrait des considérants:*

**6.** La recourante se plaint de violation des principes de la confidentialité et de l'égalité de traitement entre le dépôt de la première offre et l'adjudication, à savoir durant les négociations.

**6.1** La LMP (RS 172.056.1) permet une dérogation au principe de l'intangibilité des offres, hormis les simples cas de rectifications techniques ou comptables de celles-ci (cf. art. 25 OMP [172.056.11]). L'art. 20 al. 1 LMP prévoit en effet que le pouvoir adjudicateur peut entreprendre des négociations avec des soumissionnaires si l'appel d'offres le prévoit, ou si aucune offre ne paraît être économiquement la plus avantageuse. Le Conseil fédéral règle la procédure relative aux négociations selon les principes de la confidentialité, de la forme écrite et de l'égalité de traitement (art. 20 al. 2 LMP et 26 OMP). La forme écrite doit également être observée dans la mise en œuvre des négociations orales par la tenue d'un procès-verbal (art. 26 al. 3 OMP; cf. PETER GALLI et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, ch. 694 s.).

Les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions (cf. décision incidente du TAF B-1383/2011 du 23 mai 2011 consid. 5.2.3.1 et réf. cit.). L'ouverture de négociations suppose ainsi que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires demeurent en concurrence et que les négociations aient pour objet de réunir les éléments nécessaires à une formulation et une évaluation plus précise des offres subsistantes (cf. arrêt du TAF B-2778/2008 du 20 mai 2009 consid. 4.2 et réf. cit.). Les exigences des art. 20 LMP et 26 OMP sont impératives, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de négocier des rabais sur le prix (cf. arrêt B-2778/2008 consid. 4.2; décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics [CRM] 2003-016 du 23 juillet 2003, in: *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC]* 67.108 consid. 4b; 017/97 du 29 avril 1998, in: *JAAC* 62.80 consid. 2a; 008/96 du 7 novembre 1997, in: *DC* 2/1998 n° 171 p. 50). Pour autant, cette réglementation ne limite pas l'objet des négociations, lesquelles peuvent concerner le prix ou la modification des prestations annoncées par les soumissionnaires (cf. ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, ch. 355). En outre, le pouvoir adjudicateur doit informer les soumissionnaires concernés de manière claire et sans ambivalence qu'il entend ouvrir des négociations (cf. décision de la CRM 2001-008 du 17 avril 2002, in: *JAAC* 66.54 consid. 7). Il ne doit, en particulier, en vertu du principe de

l'égalité de traitement, favoriser aucun soumissionnaire (cf. art. 8 al. 1 let. a LMP), le principe de la confidentialité des offres lui interdisant, en outre, de transmettre à un soumissionnaire des informations relatives à une offre concurrente (cf. art. 26 al. 5 OMP).

Lors de négociations orales, la tenue d'un procès-verbal est centrale en vue de satisfaire aux exigences formelles (cf. GALLI et al., op. cit., ch. 696 s.; ALEXIS LEUTHOLD, Verhandlungen und der neue « Dialog », in: *Marchés Publics* 2010, 2010, ch. 60). Le pouvoir adjudicateur doit ainsi indiquer dans le procès-verbal le nom des personnes présentes, les parties de l'offre qui font l'objet des négociations et le résultat de celles-ci (art. 26 al. 3 OMP). Le procès-verbal doit en outre être signé par toutes les personnes présentes (art. 26 al. 4 OMP). Enfin, les procès-verbaux doivent être rédigés de manière à ce que le résultat mais aussi le déroulement des négociations et l'évolution des offres puissent être retracés. La violation de l'obligation de tenir un protocole peut, dans le cadre d'une procédure de recours, conduire à l'annulation de la décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-1057/2012 du 29 mars 2012 consid. 2.5 et 4; B-1439/2009 du 13 mai 2009 consid. 4.1 et réf. cit.).

**6.2** En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a expressément réservé, au point 4.3 de l'appel d'offres, la possibilité de mener des négociations. Il l'a rappelé dans le document relatif à la procédure d'appel d'offres en se référant notamment à l'art. 26 OMP (...). Il ressort du dossier que trois tours de revue d'offres et de négociations ont été organisés. Le premier s'est déroulé le 2 mars 2016 pour l'intimée et le 4 mars 2016 pour la recourante, lors duquel les offres initiales des soumissionnaires ont été présentées. Les offres recadrées, selon les demandes du pouvoir adjudicateur, ont fait l'objet d'une seconde présentation par la recourante et l'intimée, les 16 et 22 mars 2016. Au terme de ces deux premiers tours de négociations, le pouvoir adjudicateur a effectué, le 4 avril 2016, un premier classement des soumissionnaires; la recourante et l'intimée ont respectivement été classées première et deuxième. La commission de pilotage (COPIL) a ensuite recommandé, le 5 avril 2016, de n'effectuer les dernières négociations qu'avec la recourante et l'intimée (...). Par courriel du 15 avril 2016, le pouvoir adjudicateur a invité l'intimée et la recourante à présenter et négocier leur meilleure offre lors de deux séances distinctes du 21 avril 2016, au sein de leurs locaux respectifs. A la suite de celles-ci, la recourante et l'intimée ont remis au pouvoir adjudicateur leur offre finale, lequel a procédé, le 27 avril 2016, au classement des offres, celle de l'intimée obtenant la première place.

Il suit de là, après un examen *prima facie* du dossier, que le pouvoir adjudicateur a mené des négociations orales avec les soumissionnaires, en particulier avec l'intimée et la recourante.

**6.3** Il convient dès lors d'examiner si ces négociations ont été effectuées conformément aux art. 20 LMP et 26 OMP.

**6.3.1** En l'occurrence, les séances des 2 et 4 mars 2016 ont fait l'objet de deux procès-verbaux établis respectivement les 9 et 18 mars 2016. Le procès-verbal du 9 mars 2016 relate, tout d'abord, la présentation par l'intimée de son offre puis les remarques et les questions du pouvoir adjudicateur et de celle-ci. Le procès-verbal du 18 mars 2016 retranscrit la présentation de l'offre de la recourante ainsi que les questions et remarques formulées durant l'entrevue. Il convient, à ce stade, de relever que ces deux procès-verbaux mentionnent les personnes présentes mais ne sont pas signés. Les entrevues des 16 et 22 mars 2016 ont chacune fait l'objet de notes manuscrites, portant sur des aspects techniques du projet, celles-ci mentionnent également les participants mais ne sont pas non plus signées. Ces deux premières entrevues ont permis une évolution des offres au niveau du prix et des prestations offertes, le montant de l'offre de l'intimée étant passé de (...) francs et (...) centimes à (...) francs [diminution] et le montant de celle de la recourante de (...) francs et (...) centimes à (...) francs [augmentation], selon le document du 5 avril 2016 intitulé: « PC 2017; comparaisons offres ET, sans contracting »; le pouvoir adjudicateur a ensuite procédé au classement des quatre offres reçues. La recourante a obtenu la première place de celui-ci grâce aux valeurs suivantes: 1.62 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité; 1.21 pour le prix; 1.09 pour le poste équipe, références, qualité et 0.20 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.13. L'intimée est arrivée à la deuxième place en ayant reçu les valeurs suivantes: 1.58 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité; 1.40 pour le prix; 0.94 pour le poste équipe, références, qualité et 0.14 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.05.

Conformément au choix de la COPIL de ne négocier qu'avec les deux meilleures soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a rencontré, le 21 avril 2016, la recourante et l'intimée afin d'obtenir leur meilleure offre. Le même jour, la recourante a remis, par courrier, son offre finale d'un montant de (...) francs HT pour la solution au Z., ce montant ne comprenant pas les travaux liés au périmètre de l'Université de Lausanne (Unil), d'un montant de (...) francs. L'intimée a envoyé, en se référant à la séance du même jour, au pouvoir adjudicateur son offre finale d'un montant de

(...) francs HT pour la solution au Z. et de (...) francs HT pour la solution au T.

Le pouvoir adjudicateur a procédé, le 27 avril 2016, au classement définitif des offres. Il a attribué à l'intimée les valeurs suivantes: 1.84 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité; 1.30 pour le prix; 1.04 pour le poste équipe, références, qualité et 0.19 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.37. La recourante a, quant à elle, obtenu les valeurs suivantes: 1.70 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité; 1.20 pour le prix; 1.06 pour le poste équipe, références, qualité et 0.21 pour le poste planning et délais de réalisation, et a terminé seconde avec un total de 4.18. L'intimée, classée première, a ainsi obtenu l'adjudication du marché.

**6.3.2** Force est de constater que les dernières entrevues du 21 avril 2016 ont ainsi été décisives quant à l'issue de la procédure d'adjudication. Il ne ressort toutefois nullement du dossier qu'un procès-verbal ait été tenu lors de ces séances. Il est ainsi impossible de retracer le résultat et le déroulement des négociations ainsi que l'évolution des offres qui en découle. De même, il n'est pas possible de contrôler si l'égalité de traitement entre les soumissionnaires a été respectée – en particulier s'agissant de l'offre au T. pour laquelle la recourante se plaint de n'avoir pas été invitée à négocier – durant les négociations ni de déterminer si le principe de confidentialité des offres a été garanti lors de celles-ci. Or, entre le classement du 4 avril 2016 et celui du 27 avril 2016, les notes attribuées à l'intimée ont augmenté de manière significative pour un certain nombre de postes et lui ont permis d'obtenir l'adjudication du marché alors que la recourante, classée première jusqu'ici, s'est vu devancer. Une violation éventuelle des principes de l'égalité de traitement et de la confidentialité pourrait donc avoir une incidence sur la décision d'adjudication.

**6.3.3** Il apparaît dès lors, *prima facie*, que les négociations qui se sont tenues le 21 avril 2016 et pour lesquelles il n'existe aucun procès-verbal, l'ont été en violation de la procédure prévue à l'art. 26 OMP, en particulier l'art. 26 al. 3 OMP. En tant que ce vice est, en l'espèce, à lui seul propre à entraîner l'annulation de la décision d'adjudication déferée, point n'est besoin d'examiner si les documents retranscrivant les précédentes négociations satisfont aux exigences formelles prévues par la loi.

**6.4** Il suit de là que, en l'état du dossier, le recours apparaît bien fondé. A tout le moins, les chances de succès de celui-ci ne sauraient, *prima facie*, être niées. Il convient toutefois encore de procéder à la pondération des

intérêts publics et privés en présence pour juger de la requête d'octroi de l'effet suspensif.